

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Le géant aux pieds d'argile

Dusollier, Séverine

Published in:

Revue Lamy Droit de l'Immatériel

Publication date:

2007

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Dusollier, S 2007, 'Le géant aux pieds d'argile: Google News et le droit d'auteur', *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, Numéro 26, p. 70-75.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Par Séverine
DUSOLLIER

Professeur à l'Université
de Namur

Directrice
de Recherches au CRID
(Centre de Recherches
en Droit
de l'Informatique)



Le géant aux pieds d'argile : Google News et le droit d'auteur

Les titulaires de droit d'auteur dans le domaine de la presse n'en sont pas à leur coup d'essai quant à la protection de leurs droits face aux nouvelles possibilités d'information en ligne. En Belgique, les journalistes furent les premiers à réclamer et obtenir une condamnation des sites de journaux sur Internet, lors de l'affaire Central Station (1).

Aujourd'hui ce sont ces mêmes éditeurs de journaux, alliés à leurs contradicteurs d'alors, les journalistes, ainsi qu'aux photographes de presse, qui font vaciller le géant de

la recherche d'informations sur le web, la société américaine Google. Et leur victoire devant le Tribunal de première instance de Bruxelles, encore provisoire puisqu'un appel sera probablement interjeté contre cette décision, risque bien d'enclencher une multitude d'actions contre le moteur de recherche dans d'autres pays européens.

Les médias européens n'ont pas manqué de commenter cette affaire dès la première décision survenue le 5 septembre 2006 (2) et condamnant Google à cesser les atteintes au droit

d'auteur réalisées par le service Google News, contre une astreinte mirobolante d'un million d'euros par jour. La décision commentée résulte de l'opposition intentée par Google contre la première ordonnance du Tribunal de Bruxelles qui fut rendue par défaut, la société américaine n'ayant curieusement pas réagi à la citation pourtant dûment signifiée aux États-Unis. En raison de la contradiction retrouvée des débats et de sa motivation précise et détaillée, la décision du 13 février dernier présente un plus grand intérêt que celle de septembre 2006.

(1) Civ. Bruxelles (cess.), 16 oct. 1996, Auteurs & Média, 1996, p. 426 ; Bruxelles (9^e ch.), 18 oct. 1997, Auteurs & Média, 1997, p. 383. (2) Prés. Trib. Bruxelles (cess.), 5 sept. 2006, inédit, disponible sur <http://www.droit-technologie.org/4_1.asp?jurisprudence_id=215>.

I. – LES FAITS ET ANTÉCÉDENTS DE LA DÉCISION

La société Google, établie aux États-Unis, offre de multiples outils de recherche sur internet. Outre son moteur de recherche classique qui a fait le succès de la société, l'internaute a désormais la possibilité de chercher des images, des blogs, des forums de discussion, des livres sur internet. (Google News ou Google Actualités, dans sa version française) n'est pas à proprement parler un outil de recherches mais plutôt une revue de presse en ligne constamment mise à jour. En se connectant sur le site, le visiteur arrive sur une page qui lui offre immédiatement un aperçu des actualités les plus importantes du moment. Les informations proposées sont reprises des sites web de la presse écrite ou audiovisuelle. Elles apparaissent sous forme du titre de l'article, auquel s'ajoutent les premières lignes de celui-ci et, dans certains cas, une photographie. Le titre est un hyperlien qui renvoie au site du média source où l'internaute peut consulter l'intégralité de l'article. Des sites Google Actualités ont été développés sur une base nationale pour de nombreux pays, les informations proposées étant, outre les actualités internationales, spécifiques au pays concerné et extraites en priorité des médias nationaux. Ces différentes pages constituent donc plus une indexation d'articles de presse parus en ligne que le résultat aléatoire d'une requête adressée à un moteur de recherche. Ce qui n'est pas sans incidence sur la solution du litige et sur la prétendue accusation selon laquelle cette décision signifierait la fin des moteurs de recherche internet.

L'action fut initialement intentée par plusieurs personnes morales : la société Copiepresse, titulaire des droits des éditeurs de journaux, la SOFAM, société de gestion des droits en matière photographique, trois sociétés représentant les journalistes (la Société de Droit d'Auteur des Journalistes, la SCAM et Assucopie), ainsi que la société Pressbanking, fournissant l'accès aux articles de journaux belges et aux dépêches d'agence de presse sur une base payante. La citation lancée contre la Société Google Inc. reproche à celle-ci l'organisation du site Google News Belgique qui reproduirait et communiquerait au public des extraits de journaux, en violation du droit d'auteur et du droit des bases de données, et demande au président du Tribunal de première instance de Bruxelles de faire cesser ces atteintes.

La première décision, en date du 5 septembre 2006, fit droit à cette demande. Sur opposition de Google, le même tribunal ordonne également la cessation des pratiques litigieuses au terme d'une décision longuement motivée.

II. – LA QUESTION PRINCIPALE : LES ATTEINTES AU DROIT D'AUTEUR

Les plaignants considéraient que deux activités de Google portaient atteinte à leurs droits d'auteur, soit la mise en mémoire cache de tous les articles parus sur les sites des journaux, d'une part, et la reproduction et communication au public de fragments de ces articles sur la page belge de Google Actualités, d'autre part.

A. – La reproduction des œuvres par le cache

La copie des articles de presse dans la mémoire cache de Google n'est pas spécifique aux pages d'actualités de Google News, mais résulte de l'activité générale de moteur de recherche. En indexant le web pour permettre ensuite de répondre aux requêtes des utilisateurs de son moteur de recherche, les robots lancés en permanence à l'assaut du web par la société Google réalisent des copies des pages consultées sur la mémoire cache du système, hébergée sur des serveurs à grande capacité de stockage. Ces copies caches permettent aux outils d'indexation de répertorier les sites sans encombrer le trafic internet. Mais elles permettent aussi à l'utilisateur de pouvoir consulter les pages web requises directement sur cette mémoire cache, donc sur les serveurs gérés par Google, et ce même si la page originale a disparu du web ou est devenue accessible contre rémunération.

C'est bien cette subsistance d'une copie librement accessible par l'intermédiaire du populaire outil de recherche qui est reprochée par les éditeurs de la presse quotidienne dont le modèle économique repose sur la fourniture payante de leurs articles et archives, une fois passé le temps de l'information immédiate. L'expert désigné par le tribunal avait en effet constaté qu'un article qui n'était plus consultable sur son site d'origine, restait accessible par le biais du cache Google.

La décision en déduit que la société Google, en stockant ces articles protégés par le droit d'auteur en mémoire cache et en les mettant ainsi à disposition des internautes, effectue une reproduction et une

communication au public couvertes par le droit d'auteur.

La directive européenne sur le commerce électronique, transposée en droit belge par une loi du 11 mars 2003 (3), prévoit pourtant un régime d'exonération de responsabilité pour ce type d'activités de « *caching* », argument que Google n'a pas manqué d'utiliser pour s'exempter de sa responsabilité. Ce point est rejeté par le juge, au point 8 de la décision. Il l'est peut-être un peu vite.

En effet, la décision semble considérer que cette exonération de responsabilité ne bénéficie pas à Google, car il ne s'agit pas de juger de sa responsabilité pour des éventuelles illicéités qui se trouveraient dans les pages reproduites, mais bien de sa responsabilité propre par l'activité de mise en mémoire cache. La directive sur le commerce électronique, et *a priori* les lois nationales l'ayant transposée, ne font toutefois pas une telle distinction (4). L'objectif de l'exonération de responsabilité est de permettre la réalisation de certaines activités nécessaires à la transmission des contenus sur les réseaux, en ce compris l'activité de « *caching* » qui permet un relatif désengorgement de l'internet. L'exonération s'étend donc à la reproduction même de pages internet dans une mémoire cache. En revanche, le stockage en mémoire cache effectué systématiquement par Google ne constitue pas réellement une activité liée à la transmission des contenus sur les réseaux, soit à un « *proxy caching* » visé par la directive sur le commerce électronique, mais s'apparente davantage à un copie d'archivage ou une copie miroir des sites consultés par le moteur de recherche. Que ce type de copies, encore que temporaires, soit couvert par le régime d'exonération ne peut être défendu. C'est sans doute ce que le jugement implique lorsqu'il précise que « *ce qui est mis en cause, ce n'est pas le stockage temporaire de la page en cache, stockage nécessaire à l'indexation de la page, mais son accessibilité* ». Passe encore que le « *caching* » soit réalisé pour faciliter l'indexation des pages sans que les robots lancés par Google n'encombrent excessivement le web. Mais lorsque le moteur de recherche rend directement accessibles les pages ainsi hébergées sur son serveur cache, la reproduction temporaire de ces pages excède l'objectif de « *caching* » immunisé par la directive européenne sur le commerce électronique. À supposer même que l'on admette que

(3) Loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information visés à l'article 77 de la Constitution, Moniteur Belge, 17 mars 2003, p. 12960. (4) Voir sur cette analyse de la directive, Hugenholtz B., *Caching and Copyright : the Right of Temporary Copying*, E.I.P.R., 2000, p. 491.

le cache Google bénéficie du régime de faveur du texte européen, on aurait néanmoins dû considérer que le cache de Google ne remplissait pas les conditions d'exonération dans la mesure où, les pages copiées étant encore accessibles après un certain délai et surtout en dépit de la mise en accès payant sur le site d'origine, Google ne satisfait ni à la condition de rafraîchissement de l'information mise en cache, ni à celle du respect des conditions subordonnant son accès.

Google a bien encore tenté de se défendre en arguant que la reproduction des pages se déroulait en définitive sur l'ordinateur de chaque internaute les consultant et non sur ses propres serveurs, qui ne contiennent que le code HTML de la page. C'est étrange comme ce genre d'arguments, déjà tentés lors des premiers litiges relatifs à la reproduction d'œuvres sur internet, ont la vie dure... Google renouvelle toutefois l'argument en considérant qu'il se limite à une simple fourniture d'installations destinées à permettre ou réaliser une communication au public, activité exemptée du droit d'auteur depuis les traités OMPI jusqu'à la directive européenne de 2001. Il est une évidence qu'une œuvre est reproduite sur un support numérique dès lors que son code HTML est copié sur ce dernier, ce code ne constituant que l'écriture particulière de l'œuvre. La référence à la « *fourniture d'installations* » ne peut s'appliquer ici, car le rôle de Google est bien de procéder à des reproductions des articles de presse sans l'autorisation des auteurs de ceux-ci.

B. – La reproduction des œuvres sur le site de Google News

Google Actualités ne se présente pas comme un simple moteur de recherche puisque la page d'accueil du site propose d'initiative au visiteur un florilège d'informations reprises de l'actualité. L'internaute ne doit donc pas chercher sur le web les articles de presse relatifs à tel ou tel sujet, même si cette possibilité lui est également offerte sur la page d'accueil. Cette distinction fait l'objet d'une longue discussion dans la décision. L'enjeu est en effet d'éviter de faire dériver le débat vers une condamnation des moteurs de recherche en tant que tels. Le juge s'attelle à séparer la fourniture d'une liste d'hyperliens renvoyant vers des sites spécifiques, activité d'outil de recherche à laquelle il ne trouve rien à redire, de la reproduction

d'œuvres protégées par le droit d'auteur. Les actualités proposées par Google News ne se limitent pas à de simples hyperliens vers les sites de journaux en ligne. Outre le titre de l'article renvoyant vers l'article intégral, les premières lignes de ce dernier sont reproduites sur la page opérée par Google, et, le cas échéant, une photographie illustrant l'article est également reprise.

S'agissant des titres et extraits d'articles, Google a beau prétendre qu'ils ne font pas l'objet d'une protection par le droit d'auteur, c'est à juste titre que le juge rappelle qu'il suffit qu'ils soient originaux, leur longueur étant sans importance. Certains des titres seraient purement descriptifs, le juge en convient, mais d'autres font certainement preuve d'originalité, et la décision de donner des exemples de l'une et l'autre catégorie. Il en est de même des premières lignes d'un article qui peuvent faire montre d'une

Un simple renvoi aux sites des journaux par l'indication des titres des articles aurait évité à Google une condamnation, la décision insistant sur le fait que ce n'est pas l'hyperlien vers le site qui est en cause.

originalité suffisante pour être protégés par le droit d'auteur.

Google fut certainement mal inspiré d'agréments les titres des articles utilisés sous forme d'hyperliens, de premières lignes de l'article en question et, dans certains cas, de photographies. Un simple renvoi aux sites des journaux par l'indication des titres des articles lui aurait probablement évité une condamnation, la décision insistant sur le fait que ce n'est pas l'hyperlien vers le site qui est en cause. Bien que le juge se défende de vouloir interdire le simple établissement d'un hyperlien vers un contenu web, le fait de protéger le titre de l'article par le droit d'auteur, en raison de son éventuelle originalité, conduit bel et bien à interdire l'utilisation de ce titre dans un hyperlien, comme l'avait fait un tribunal écossais il y a dix ans (5). Comment autoriser, sur cette base, les moteurs de recherche à indexer leurs résultats par le

nom de la page ou du contenu trouvé? La décision donne là un outil redoutable pour empêcher l'établissement de simples hyperliens vers d'autres sites... Quant aux extraits et aux photographies, l'analyse du juge aurait pu être plus précise. Une simple vérification du code source des pages de Google Actualités démontre en effet que la technique de leur reproduction n'est pas identique. Les extraits sont réellement copiés dans le code de la page créée par Google. Il y a donc techniquement un acte de reproduction sur les serveurs de Google. En revanche la photographie illustrant une actualité n'est pas « *copiée* » dans la page Google mais est insérée par le moyen d'un hyperlien profond qui consiste en fait, lorsque l'internaute visite la page « *Actualités* », à donner instruction au navigateur de ce dernier d'aller chercher la photographie sur le site d'origine. Point de reproduction sur le site de Google dans ce cas là. Ou du moins pas de reproduction matérielle dans le code source de la page, mais uniquement une mention de l'endroit où la trouver. Si le juge rejette effectivement l'argument de Google selon lequel l'acte de reproduction n'est pas le fait de Google mais du visiteur de la page, c'est à juste titre en ce qui concerne les extraits des articles, mais non relativement aux photographies.

Cette différence technique, dont on a beaucoup parlé lors de la discussion, plus si récente, sur la légitimité des hyperliens (6), n'aurait-elle pas dû susciter une différence de traitement? On peut se le demander même si une telle insertion d'œuvres protégées, par la bande et en évitant d'en faire personnellement une copie par le recours à une astuce technique, ne doit pas permettre de légitimer la création d'une page internet basée sur plusieurs éléments « *empruntés* » à d'autres sites. Un détour par le droit d'adaptation et la reproduction intellectuelle, à défaut d'une véritable reproduction matérielle de telles œuvres, pourrait faire échec, dans certaines hypothèses, certes strictes et limitées, à des tels artifices. À l'argument de Google que des outils existent pour empêcher l'indexation de pages web par les outils de recherches, la négligence des éditeurs de presse de recourir à de tels outils impliquant une autorisation implicite de reproduction du contenu de leurs sites, la décision répond en toute logique que l'exclusivité des droits des auteurs nécessite l'obtention d'une autorisation expresse des titulaires de droit

et interdit que l'absence de protections techniques soit interprétée comme une renonciation à l'exercice de ses droits. Laissons aux plaideurs la possibilité de faire bois de tout feu, le rappel d'une telle évidence ne pouvant que s'imposer.

C. – L'exception de citation

La loi belge ne connaît pas d'exception spécifique aux revues de presse et leur sort est soumis à de nombreuses hésitations. Lors de la transposition de la directive du 22 mai 2001 sur le droit d'auteur dans la société de l'information, le législateur belge a rajouté aux finalités classiques de la citation (polémique, critique, but scientifique ou pédagogique), la possibilité de citer une œuvre protégée à des fins de revue. Ce qui posait la question de la légitimité de la revue de presse, sous couvert de cette exception de citation.

La décision commentée refrène toutefois de telles ardeurs. Elle considère en effet que le législateur, en intégrant le but de revue dans l'exception de citation, n'a pas entendu créer une exception autonome permettant la revue de presse, mais soumettre celle-ci au régime général de la citation « *de telle sorte que les articles cités doivent l'être dans le cadre d'un commentaire cohérent dont ils ne constituent que l'illustration, la revue devant comporter d'autres éléments* ». La citation est donc définie comme l'accessoire d'une œuvre principale et ne doit pas permettre de constituer la substance d'une œuvre indépendante. Cette interprétation rejoint la doctrine dominante (7).

Dessert également la défense de Google sur base du droit de citation, le fait que le référencement des articles soit automatique, ce qui renforce l'impression d'une simple juxtaposition d'extraits sans création d'une œuvre nouvelle, à laquelle viendraient s'ajouter ces extraits.

La revue de presse autorisée par la loi se limite en conséquence aux citations d'articles s'intégrant dans un commentaire critique et méthodique. Le terme « *recension* » (recension) qui apparaît dans la version néerlandaise de la loi accrédite ce point de vue, ainsi que le relève la décision.

D. – L'exception de compte-rendu d'actualité

La motivation du rejet de l'exception de compte-rendu d'actualité est identique. Il ne suffit pas que l'offre des actualités

sur le site de Google se réalise dans un but d'information, encore faut-il que l'œuvre reproduite à cette occasion s'accompagne d'un commentaire sur l'actualité et illustre l'actualité, sans être l'objet principal du compte-rendu.

À l'instar de la citation – mais c'est sans doute encore plus incontestable s'agissant de compte-rendu d'actualités – l'exception est justifiée par un rapport ancillaire à l'expression d'une opinion, d'une information ou à la création d'une œuvre principale (8). Il va de soi que le site de Google News ne remplit pas cette condition, reproduisant les œuvres qui constituent elles-mêmes un compte-rendu d'information et non l'objet de celle-ci.

E. – L'atteinte au droit moral des auteurs

La société Google est également accusée de non respect du droit moral des auteurs et la décision envisage systématiquement l'atteinte possible à chaque attribut de ce droit.

La plus évidente est l'atteinte au droit de paternité des journalistes, auteurs des articles, leur nom n'apparaissant pas sur le site de Google qui reprend pourtant le début de leurs écrits.

S'agissant du droit à l'intégrité, on pourrait considérer que la reprise des articles étant effectuée de manière automatique par le système de robots mis en place par Google, l'article, ou du moins ses premières lignes, ne subit aucune modification ou transformation susceptible de constituer une atteinte à l'intégrité de l'œuvre. La décision est toutefois plus sévère. D'une part, elle considère que la simple amputation de l'œuvre, l'article étant réduit à son introduction, suffit à caractériser une atteinte matérielle à l'intégrité de celle-ci. Mais le juge assène un deuxième coup à Google en estimant que le droit au respect des œuvres d'information a également été meurtri en raison d'une atteinte à l'esprit de l'œuvre. On retrouve là un argument qui avait été esquissé dans l'affaire *Central Station* évoquée plus haut. Reprendre les articles de journaux dans une base de données centralisée, comme dans cette première affaire, ou dans une revue de presse en ligne, à l'instar de Google Actualités, escamote la ligne éditoriale ou philosophique de chacune des publications, qui n'est pas sans importance en matière de

presse quotidienne, en les confondant dans un ensemble informationnel. L'auteur de chaque article, ayant adhéré à cette ligne en écrivant dans tel ou tel organe de presse, peut en conséquence se plaindre d'un changement de contexte et de l'esprit de son œuvre.

Autre enseignement précieux de la décision : la notion d'épuisement du droit moral de divulgation. Le droit de divulgation « s'épuise-t-il » au premier usage qui en est fait ? Dès l'instant où l'œuvre peut être considérée comme divulguée, l'auteur dispose-t-il encore du pouvoir d'en contrôler la diffusion et la jouissance au-delà des actes d'exploitation de l'œuvre ? L'on sait que la question est relativement controversée en France. Une partie de la doctrine (9) soutient que l'auteur peut déterminer la portée de la divulgation de son œuvre, notamment en la soumettant aux conditions qu'il détermine ou en la réservant à certains modes de diffusion de l'œuvre. La jurisprudence belge n'était pas fixée (10). L'affaire Google permet d'affirmer de manière explicite que le droit de divulgation, une fois exercé, s'éteint. La communication des articles sur le site du moteur de recherches ne porte donc pas atteinte à ce droit, la divulgation des œuvres en question ayant déjà été exercée par leur mise en ligne sur les sites d'origine. N'ayant toutefois que le statut d'une décision de cessation, qui plus est de première instance, cela ne tranche probablement pas le débat de manière définitive, mais il faut souhaiter que la jurisprudence s'inspire de la fermeté de cette décision sur ce point.

III. – UNE QUESTION AVORTÉE : LA VIOLATION D'UN DROIT SUR LES BASES DE DONNÉES

La décision du 5 septembre 2006 avait conclu, sans plus de commentaires, à la violation par le service Google News du droit *sui generis* sur les bases de données que constituerait la version en ligne des journaux. Il s'agissait à tout le moins d'une conclusion hardie. L'édition en ligne de quotidiens de la presse écrite ou de dépêches et annonces de la presse audiovisuelle constitue-t-elle réellement une base de données protégée par un droit *sui generis* ? La question ne peut être tranchée que par référence à l'arrêt

(7) Michaux B. et de Visscher F., Précis du droit d'auteur et des droits voisins, Bruylant, 2000, p. 106, n° 122 ; Janssens M.-C., Exceptions aux droits, in *Hommage à Jan Corbet* ; La loi belge sur le droit d'auteur, Commentaire par article, Larcier, 2006, p. 113. (8) Janssens M.-C., op. cit., p. 123. (9) Desbois, Le droit d'auteur en France, 3^e éd., Dalloz, 1978, n° 389 ; Caudrat Ph., J.-Cl. Propriété littéraire et artistique – Droit de divulgation, 2001, fasc. 1211, n° 60 et s. ; Laligant O., La divulgation des œuvres artistiques, littéraires et musicales, LGD, 1983, p. 417. *Contra*, Lucas A. et H.-J., Traité de la propriété littéraire et artistique, 3^e éd., Litec, 2006, p. 355, n° 461. (10) Civ. Gand, 3 sept. 2001, IRDI, 2002, p. 104 (la mise en ligne d'un site web vaut épuisement du droit de divulgation sur l'œuvre que constitue ce site) ; Civ. Bruxelles, 3 avr. 2001, Auteurs & Media, 2001, p. 465, qui reconnaît l'absence de divulgation de l'œuvre en langue française, malgré la divulgation dans d'autres langues. On pourrait cependant défendre qu'il ne s'agit pas réellement d'un autre mode de divulgation de l'œuvre mais bien d'une autre version de l'œuvre.

de la Cour de Justice des Communautés européennes dans l'affaire *William Hill* (11). La Cour y requiert, pour qu'une base de données soit protégée par un tel droit, que l'investissement substantiel se réalise dans la collecte, la vérification et la présentation des données, et non uniquement dans la création de celles-ci. Le rassemblement de données créées par une personne pour les besoins de son activité, sans qu'un véritable investissement soit consacré à ce rassemblement, ne peut donc constituer une base de données protégée par un droit *sui generis*. Il est évident que l'investissement financier des journaux est principalement consacré à la rédaction des articles. Pour bénéficier d'un droit *sui generis*, encore faudrait-il qu'ils démontrent que la mise en ligne des articles, données qu'ils ont créées et dont ils disposent sans frais supplémentaires, suscite un investissement substantiel spécifique, par exemple dans la mise en place d'un outil de recherche dans les articles. Cela n'est donc pas si évident, l'investissement dans la réalisation du site internet ne suffisant pas non plus.

L'ordonnance commentée ne résout malheureusement pas cette question. Car si l'action en cessation est ouverte à tout intéressé préjudicié par une atteinte au droit d'auteur, et donc aux sociétés représentant les intérêts des éditeurs de journaux, sans qu'elles doivent prouver un mandat ou une cession portant sur le droit d'auteur relatif aux articles reproduits sans autorisation, il n'en est pas de même en matière de droit *sui generis* sur les bases de données. La loi belge du 10 août 1998 organisant la protection de ce droit n'ouvre, en effet, le bénéfice de l'action en cessation qu'aux titulaires de ce droit, soit aux producteurs des bases de données concernées. Or, les demandeurs ne prouvent pas qu'ils sont titulaires du droit *sui generis* sur les sites des journaux en question. Leur demande est en conséquence jugée irrecevable s'agissant de l'atteinte prétendue au droit sur les bases de données.

IV. – UNE QUESTION SUBSIDIAIRE MAIS ESSENTIELLE : L'INVOCATION DU DROIT À LA LIBERTÉ D'EXPRESSION

En sus de l'invocation des exceptions de citation et de compte-rendu de l'actualité, Google entendait s'appuyer sur la liberté d'expression telle que prévue par la Convention européenne des droits de

l'Homme. Cette voie est périlleuse en Belgique depuis qu'un arrêt de la Cour de cassation du 25 septembre 2003 a rejeté ce moyen de défense en matière de contrefaçon au droit d'auteur (12) en considérant que la liberté d'expression « *ne fait pas obstacle à la protection de l'originalité de la manière suivant laquelle l'auteur d'une oeuvre littéraire ou artistique exprime ses idées et concepts* », formule reprise ici. Il est vrai que cet arrêt de la Cour de cassation n'exclut pas l'invocation d'une liberté fondamentale à l'encontre du droit d'auteur, mais laisse aux juridictions de fond le soin de déterminer si le droit d'auteur restreint cette liberté d'expression en l'espèce.

La décision commentée va plus loin en faisant sienne une des thèses développées par la doctrine sur le rapport entre droits fondamentaux et droit d'auteur. Cette thèse considère que le droit d'auteur ne restreint pas la liberté d'expression car elle internalise le conflit possible, principalement en tenant compte de

Ne faut-il pas considérer dans chaque cas d'espèce si l'exercice du droit d'auteur n'obère pas indûment l'exercice de la liberté d'expression ?

ce droit fondamental dans la reconnaissance d'exceptions au droit d'auteur, telles la citation ou la parodie. Hors des exceptions au droit d'auteur, point de salut donc pour les droits fondamentaux. Ainsi, le juge, dans l'affaire *Google*, rappelle que la liberté d'expression peut subir des restrictions en vue de garantir le droit d'auteur, ce droit étant limité par la reconnaissance d'exceptions légales, elles-mêmes justifiées par la prise en compte de la liberté d'expression. C'est donc l'équilibre consacré par le droit d'auteur lui-même, entre la protection des droits des auteurs et la protection « *des intérêts tout aussi légitimes du public et de la société en général* » qui résout le conflit éventuel entre propriété littéraire et artistique et liberté d'expression.

Cette thèse ne nous paraît pas convaincante, car elle fait fi des conditions que la Convention européenne des droits de l'Homme impose aux restrictions que

peut subir la liberté d'expression, notamment pour garantir la protection des droits d'autrui. De telles restrictions doivent être proportionnées au but poursuivi et nécessaires dans une société démocratique. Il va de soi que la reconnaissance d'un droit d'auteur répond à ces conditions, mais ne faut-il pas considérer dans chaque cas d'espèce si l'exercice du droit d'auteur n'obère pas indûment l'exercice de la liberté d'expression (13) ? Adopter une telle démarche n'aurait certainement pas signifié la victoire de Google, mais aurait eu le mérite de ne pas conclure à l'incompatibilité systématique, au-delà du régime des exceptions, du droit d'auteur et de la liberté d'expression.

Le deuxième argument du Tribunal de Bruxelles selon lequel le système mis en place par Google News étant entièrement automatisé ne pourrait bénéficier d'une protection au titre de la liberté d'expression, n'est pas plus décisif. Ce qui est en cause dans le droit invoqué par Google, c'est en réalité la possibilité de mettre en place un processus d'expression et de communication qui permet de garantir la liberté de recevoir et de communiquer des informations dont devraient bénéficier en définitive les utilisateurs et ce, quels que soient les moyens techniques ou humains mis en place pour fournir l'information. Mais il est vrai que le droit d'accès à l'information ne bénéficie toujours pas de la même reconnaissance jurisprudentielle que la liberté d'expression, la Cour européenne des droits de l'Homme ne l'ayant appliqué que de manière accessoire à un autre droit fondamental et à des informations publiques détenues par l'État (14). Et que son invocation par une entreprise, au nom des destinataires du service qu'elle propose, n'est pas non plus évidente.

V. – UNE QUESTION (TROP) RAPIDEMENT ESQUISSE : L'APPLICATION DIRECTE DU TEST DES TROIS ÉTAPES.

Lors de la transposition en droit belge de la directive européenne sur le droit d'auteur dans la société de l'information, le législateur a préféré ne pas inscrire *expressis verbis* le test des trois étapes dans la loi, considérant qu'il s'agit davantage d'un outil à destination du législateur, qu'un mécanisme permettant au juge de restreindre l'exercice d'une exception. Néanmoins, l'ex-

(11) CJCE 9 nov. 2004, Aff. C-203/02, *The British Horseracing Board Ltd c. William Hill Organization Ltd*. (12) Cass., 25 sept. 2003, *Auteurs et Média*, 2004, p. 29. (13) Geiger Ch., *Droit d'auteur et droit du public à l'information*, Litec, 2004, p. 168. (14) De Terwangne C., *Société de l'information et mission publique d'information*, Thèse, Facultés Universitaires Notre-Dame de la Paix de Namur, mars 2000, p. 215.

posé des motifs de la loi de transposition du 22 mai précise que « *cela n'empêche toutefois pas qu'il puisse servir de ligne directrice pour les cours et tribunaux lors de l'application de la loi* » (15). C'est dans ce mandat que s'inscrit le juge dans la décision Google. Il en déduit que le triple test renforce en tout les cas l'interprétation majoritaire selon laquelle les exceptions seraient de stricte interprétation, mais n'utiliserait pas davantage du test, l'appréciation des conditions de citation et de compte rendu d'actualité suffisant à rejeter l'admissibilité des exceptions invoquées par le géant américain.

L'affirmation de la décision, s'emparant du test des trois étapes comme un outil d'orientation dans l'appréciation des exceptions aux droits d'auteur et aux droits voisins, n'est cependant pas si inoffensive. Outre qu'elle conduit à valider une interprétation restrictive des exceptions, sur laquelle l'unanimité de la doctrine commence à se fissurer, certains auteurs rappelant que l'exception est un juste retour au principe de liberté de copie et de concurrence (16), elle ne fait pas une distinction très nette entre l'application directe des conditions du test à la légitimité de l'exercice d'une exception et le simple recours au test à des fins d'interprétation ou d'orientation.

Le législateur belge nous semble avoir opté pour une position médiane : le juge ne pourrait revenir sur la légalité d'une utilisation d'une œuvre qui répond aux conditions légales, mais pourrait recourir au test afin de déterminer si l'interprétation d'une disposition légale créant une exception s'applique ou non à certaines hypothèses. Par exemple, si une exception autorisant l'archivage de certains documents au profit des bibliothèques vaut également pour un archivage électronique, dans lequel la concurrence avec l'exploitation normale du document peut être plus présente, ou si l'exception de copie

privée peut être interprétée de manière telle qu'elle peut s'exercer sur tous supports, lorsque la loi ne fait pas cette distinction de manière explicite. Faire du juge le destinataire du triple test, à tout le moins en tant qu'interprète du texte légal d'une exception aux droits exclusifs, permet ainsi de transformer le test en une sorte de « *garde-fou permanent* » (17), principalement eu égard à l'exercice d'exceptions dans l'environnement numérique.

Les cours et tribunaux peuvent ainsi apprécier la légitimité d'une exception reconnue par la loi, mais dont l'incidence pourrait changer en raison du média et du contexte technologique dans lequel elle s'exerce. Leur appréciation doit alors être générale et abstraite. Ils ne pourraient pas ajouter aux conditions déjà prévues par la loi pour le bénéfice d'une exception, l'absence, *in concreto*, d'une atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre et aux intérêts légitimes des titulaires des droits. Il faut également insister sur le fait qu'une telle intervention du juge quant à l'interprétation du champ d'application d'une exception ne peut se faire qu'à la condition que le texte légal de l'exception ne soit pas clair, et ce en vertu du droit commun. Pas question donc pour une juridiction de brandir le test des trois étapes dès qu'il s'agit de répondre à l'invocation d'un moyen de défense basé sur une exception au droit d'auteur. Seule l'exception dont le texte légal ne précise pas clairement les conditions d'application peut être soumise à l'interprétation du juge, aidé, notamment mais pas exclusivement, de l'idée de proportion entre intérêts des utilisateurs et droit des auteurs à une exploitation normale de leurs œuvres, telle qu'incarnée par le test des trois étapes (18).

CONCLUSION

La société Google se lance depuis quelques années dans une fourniture d'in-

formations sur internet qui dépasse de loin la simple recherche de sites web et a pour ambition de constituer une source unique de référencement. De Google News à Google Book Search qui prétend diffuser sur internet des livres tombés dans le domaine public, ou des extraits de livres encore protégés, la société américaine s'inscrit dans le discours de la liberté de la diffusion d'informations et de la culture sur internet, discours qui s'était quelque peu amoindri lorsque l'internet marchand avait pris peu à peu le pas sur l'internet libertaire des origines. Une telle aspiration du public est certes légitime. Comment imaginer que cet outil extraordinaire d'information et de communication qu'est internet ne soit dédié qu'à des échanges marchands et à des accès conditionnés ? La décision Google paraît probablement injuste au grand public qui ne comprend pas qu'un outil qui, prétend-on, favorise la diffusion des articles d'organes de presse, ne soit pas encensée par ces mêmes journaux. Le droit d'auteur semble, une fois de plus, dépeint comme un obstacle à la libre information.

C'est loin d'être le cas dans l'affaire Google, le droit d'auteur n'empêchant pas nécessairement le service assuré par Google Actualités mais exigeant en tout cas que les auteurs des contenus ainsi reproduits et qui constituent, ne l'oublions pas, une valeur économique vendue par Google à des publicitaires sans aucun droit, puissent autoriser et être intéressés financièrement à cette exploitation de leurs œuvres. À tout le moins si la liberté d'établir de simples hyperliens vers des sites internet est préservée.

Il n'y a là qu'une juste application du droit d'auteur qu'il s'agira toutefois de faire comprendre, avant que la décision belge ne fasse des petits dans tous les pays où l'outil de recherche web le plus populaire est menacé d'actions similaires. ♦

(15) Projet de Loi transposant en droit belge la directive européenne 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, Exposé des motifs, Doc. Parl., Ch. Repr., sess. 2003-2004, n° 1137/1, commentaire de l'article 4. (16) Geiger Ch., *op.cit.*, p. 198. (17) Tréaillé J.-P., La directive sur le droit d'auteur du 22 mai 2001 et l'acquis communautaire, *op. cit.*, p. 11. (18) Dusollier S., L'encadrement des exceptions au droit d'auteur par le test des trois étapes, IRDI, 2005, p. 213-223.